



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia
Sala Penal

Luis Arturo Salas Portilla
Magistrado Ponente

Armenia, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado: 63 001 31 09 002 2024 00038 01
Accionante: YESSICA ANDREA ECHEVERRI ARISTIZÁBAL
Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil y otros

Aprobado Según Acta N.º 078 de la fecha

Vistos

Resuelve la *Sala* la impugnación interpuesta por **YESSICA ANDREA ECHEVERRI ARISTIZÁBAL** contra fallo proferido el 30 de abril de 2024, por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia*.

La decisión declaró improcedente el amparo pedido para los derechos fundamentales al *debido proceso, trabajo, igualdad, acceso a cargos públicos y confianza legítima*.

Hechos

YESSICA ANDREA ECHEVERRI ARISTIZÁBAL dice que se presentó al concurso de méritos DIAN 2022, modalidad ingreso, para el empleo público denominado “GESTOR I”.

El *Proceso de Selección DIAN 2022* fue ofertado por la *Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC* - y desarrollado por la *Fundación Universitaria Área Andina - FUAA*. El concurso comprende dos (2) fases. **YESSICA ANDREA** dice que superó la Fase y que, a pesar de ello, no fue llamada a la fase dos.

La fase dos, dice la accionante, comprende el curso de formación y pasarían los participantes que hubieren ocupado los tres (3) primeros puestos dentro de cada vacante. Ello incluye a quienes estuvieren en condición de empate dentro de dichas posiciones.

Sin embargo, asevera la interesada, desconociendo las reglas del acuerdo de convocatoria, la CNCS, mediante Resolución 2144 del 25 de enero del 2024, convocó curso de formación sin contar a las personas empatadas en las posiciones uno, dos y tres. Cree que dicha forma de proceder responde a una errónea interpretación del artículo 20 del acuerdo en cita.

Agrega la accionante que, más tarde, la misma comisión, sin mencionar fundamento jurídico alguno, llamó a quienes empataron en las posiciones uno, dos y tres, pero, solo en lo referido a la plaza 366.

Según su criterio, lo que la CNCS debía hacer era llamar a los empatados en las posiciones uno a tres, dentro de todas las vacantes.

Al culminar la *fase uno*, ella quedó en la posición 4.511 entre los 9.950 concursantes. Tal posición, vista a la luz de lo dispuesto por el artículo 20 del acuerdo de convocatoria, la ubicaba en condición de empate en la posición 571, respecto de la vacante identificada con el número 191.

Con base en lo descrito, demanda amparo constitucional para sus derechos fundamentales al *debido proceso, trabajo, igualdad, acceso a cargos públicos y confianza legítima*.

En ese orden, que se ordene: **i.** Inaplicar a su favor la *Resolución 2144 del 25 de enero de 2024*, visto que por dicha disposición no fue llamada al curso de formación para el cargo GESTOR I, Grado I, Código 301 - de la OPEC 198368, --- **ii.** Reconformar el listado de llamados al curso de formación, según lo dispuesto por el artículo 20 del acuerdo CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, hasta determinar si ocupa o no algún puesto de las 366 vacantes ofertadas, y --- **iii.** Llamarla al curso de formación, garantizando su continuidad en las etapas subsiguientes del concurso de méritos.

Antecedentes procesales

El *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia* con auto del 23 de abril de 2024, avocó conocimiento de la acción constitucional y ordenó traslado a la *Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-*, a la *Fundación Universitaria del área Andina* y a la *Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-* para que ejerzan su derecho de defensa.

Asimismo, dispuso la vinculación de las personas que conforman la lista de elegibles para el empleo público denominado Gestor I Nivel Profesional, Grado 1, Código 301, OPEC 198368, del concurso de méritos DIAN 2022, modalidad ingreso.

1. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, a través de apoderado, ratificó que la accionante se inscribió como aspirante dentro del proceso de Selección DIAN 2022, en modalidad ingreso - OPEC 198368.

Luego de referirse a la situación fáctica planteada por la accionante, indicó que la entidad responsable del proceso de selección, en virtud de la ley 909 de 2004, es la *Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-* y por ende, no existe legitimación en la causa por pasiva ni, mucho menos, vulneración de derecho fundamental alguno por parte de la entidad.

2. La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC -, a través de la Oficina Asesora Jurídica, indicó que el Acuerdo CNT2022AC000008 del 29 de diciembre de 2022, modificado parcialmente por el Acuerdo 24 de 2023 y su anexo, contiene las normas que rigen el concurso, las cuales son de obligatorio cumplimiento para todos los intervinientes en el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.18.6.1 del Decreto 1083 de 2015, sustituido por el artículo tercero del Decreto 770 de 2021.

Explicó que el inciso segundo (2º) del canon 20 del Acuerdo en mención previó que serían llamados a realizar el *curso de formación*, tres (3) aspirantes por cada vacante de la misma OPEC, ellos conformarían el grupo de citados para dicho empleo, siempre que, habiendo superado

el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase Uno, obtengan los mejores puntajes, incluyendo para el efecto, aquellos que se encuentren en empate, dentro de la misma posición.

Acotó que el puntaje es el que permite ordenar a los aspirantes según sus méritos, reflejando su desempeño en la Fase Uno del proceso de selección, de acuerdo con las reglas establecidas en la ponderación de puntajes previstos en el acuerdo de convocatoria. Además, si el grupo se completa con la primera posición, solo se citará a los aspirantes ubicados en esta, incluyendo sus empates, pero si, con la primera posición no se completa el respectivo grupo de la OPEC, entonces, siguiendo el estricto orden de mérito, se procederá a citar a los aspirantes con segundo mejor puntaje o posición, incluyendo sus empates, hasta agotar el número total de aspirantes que deben ser citados. Para el efecto citó ejemplos de la manera como se realizó la selección para el grupo de la OPEC.

Indicó que para la OPEC 198369, se ofertaron un total de 366 vacantes, y, dentro de los inscritos, un total de 1.186 aspirantes fueron llamados a los cursos de formación, pues, obtuvieron mejor puntaje que la accionante, inclusive, en situaciones de empate. Lo anterior, atendiendo que obtuvo un puntaje de 36.58 que la relega al orden 4.919 dentro de los 13.368 aspirantes, tal como se evidencia en el documento que anexó.

Señaló que el 17 de marzo de 2024 fue aplicada la evaluación final de los cursos de formación, y sus resultados fueron comunicados el 22 de ese mismo mes y año a los a los aspirantes llamados a realizar el mismo, luego, a la fecha, el curso ya concluyó.

Con fundamento en lo señalado, indicó que, aunado a que las actuaciones adelantadas por la CNSC se encuentran ajustadas a derecho y no existe vulneración de derecho fundamental alguno de la accionante por parte de la entidad, la acción de tutela no cumple con el carácter residual como requisito de procedibilidad, porque existen otros mecanismos para cuestionar la Resolución 2144 25 de enero del 2024, gozando el acto administrativo de presunción de legalidad.

3. El Coordinador Jurídico de Proyectos del Consorcio Mérito DIAN 06/2023, refirió ser competente únicamente para atender las reclamaciones, derechos de petición y acciones judiciales dentro de los cursos de formación, evaluaciones, exámenes médicos y de aptitudes psicofísicas del Proceso de Selección DIAN 2022.

Precisó que el 17 de marzo de 2024 se realizó la evaluación final de los cursos de formación. Para el 22 de marzo de 2024, la CNSC publicó los resultados preliminares de la evaluación final, dando apertura a la etapa de reclamaciones frente a los resultados hasta el tres (3) de abril de 2024; las cuales, a la fecha de presentación de la acción constitucional, se estaban resolviendo.

Para el caso de la accionante, expuso que se encuentra inscrita en la OPEC 198368 perteneciente a los empleos ofertados de nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN, empleo que ofertó 366 vacantes.

Expuso que la CNSC, el 25 de enero de 2024, expidió la Resolución 2144 llamando a curso de formación para el empleo ofertado, en la cual no se encontraba la actora, dado que, aunque superó el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase Uno, no logró un puntaje que le permitiera una posición meritoria y ser llamada a curso de formación.

Afirmó que *el Consorcio Mérito DIAN* se encuentra dando cumplimiento estricto al objeto contractual suscrito con la CNSC, desarrollado de manera correcta y en respeto a los principios constitucionales, en cada una de las etapas ejecutadas. Por tanto, no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

4. el señor Kevin Javier Tovar Aguilar, en calidad de participante del proceso de selección DIAN 2022 dentro de la OPEC 198368 GESTOR I, quien superó las Fases I y II del concurso, precisó que el empeño tutelar no cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad por cuanto, además de que el curso de formación ya finalizó, para cuestionar la legalidad de la Resolución 2144 25 de enero del 2024, la actora debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Sentencia de primera instancia

El *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia* declaró improcedente la acción de tutela aduciendo que no cumple el requisito de *subsidiariedad*. La actora, aunado a que cuenta con otros mecanismos idóneos y eficaces para reclamar lo pretendido, no demostró la existencia de perjuicio irremediable.

La impugnación

YESSICA ANDREA ECHEVERRI ARISTIZÁBAL se declaró en desacuerdo con el fallo. Expuso que la acción de tutela si procede para atacar actos administrativos emitidos en el marco de concursos de méritos cuando se demuestra que el mecanismo ordinario existente no resulta eficaz, ni idóneo para resolver lo pretendido.

Indicó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es pertinente para el particular, porque, además del tiempo que tarda su trámite, existe el riesgo de que el cargo público sea ocupado por una persona distinta.

Afirmó que tanto el precedente horizontal, como vertical respecto de esta *Sala* y proferido en el marco del Proceso de Selección DIAN, prevé la protección de prerrogativas fundamentales como las invocadas a su instancia.

Así las cosas, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, que se impartan las órdenes a que haya lugar.

Consideraciones de la Sala

La *Sala* se pronuncia respecto a la impugnación contra el fallo del 30 de abril de 2024, proferido por *el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia*.

1. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que la demanda de tutela fue declarada

improcedente por incumplimiento del requisito de *subsidiariedad*, el *Tribunal* enfatizará el estudio de dicho criterio de procedencia de la acción constitucional, para confirmar o desmentir la decisión de primera instancia.

2. Procedencia general de la acción de tutela

La acción de tutela está constitucionalmente instituida como “*una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular. No obstante, para que la solicitud de amparo proceda, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) trascendencia ius-fundamental del asunto; (iv) agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y (v) la evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez)*”¹

3. Subsidiariedad

La jurisprudencia constitucional ha precisado que el requisito de *subsidiariedad* de la acción de tutela se funda en que la protección de los derechos fundamentales no es asunto reservado al juez de tutela.

Los jueces y mecanismos ordinarios de defensa también están diseñados para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. En esa medida, la verificación del requisito de *subsidiariedad* busca evitar la “*paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias*”²

Por lo anterior, la acción de tutela solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa idóneo y eficaz para la protección de sus derechos, salvo que la tutela se ejerza como

¹ C.C. ST-010 de 2017

² C.C. SU-691 DE 2017

mecanismo transitorio para evitar un *perjuicio irremediable*.

4. Reclamaciones en el sistema específico de carrera de los empleados públicos de la DIAN

El artículo 35 del Decreto Ley 71 de 2020, por medio del cual se establece y regula el *Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la DIAN*, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano, prevé:

Contra las decisiones que afecten de manera individual, particular y concreta a quienes se inscriban para participar en los concursos, en cualquiera de sus etapas, solamente procederá la reclamación en única instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

5. Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos proferidos en concursos de méritos

Tratándose de afectaciones derivadas de concursos de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional determinar la naturaleza de la actuación que presuntamente transgrede los derechos, para determinar si existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz, diferente a la acción de tutela.

En verdad, es importante establecer si el acto administrativo atacado es de *trámite* o *definitivo*, para saber si admite verificación por parte de la *Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*, a través de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. Téngase en cuenta que la acción judicial ante el contencioso solo procede contra actos administrados definitivos.

En este punto vale abrir un paréntesis para anotar que existen *actos administrativos definitivos parciales*. Dentro de ellos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha ubicado los actos de calificación que eliminan a los participantes del concurso de méritos y que, al igual que la *lista de elegibles*, son actos típicamente definitorios de situaciones jurídicas, en la medida en que al asignar un puntaje o establecer la ubicación de los convocados para efectos

de proveer un cargo en propiedad, otorgan un estatus al participante y afectan su interés de acceder a la carrera administrativa³

Ahora, lo anterior no significa, *per se*, que ante la existencia de un recurso judicial específico para valorar la legalidad de las actuaciones de la administración en el marco de los concursos de méritos, la acción de tutela sea automáticamente improcedente, pues, es necesario determinar, como se ha insistido, si el mecanismo es *idóneo* para resolver el problema planteado y, además, si es *eficaz* para conjurar la posible afectación de las garantías fundamentales, atendiendo a las condiciones particulares del caso.

En lo que respecta a la tutela, la *Corte Constitucional*⁴ ha venido sosteniendo en que, por regla general, la acción de tutela no ha sido prevista para controvertir actos proferidos en el marco de los concursos de méritos, máxime cuando son susceptibles de demanda ante la *Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*.

Así, ha recordado que con la introducción al ordenamiento jurídico de la *Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA -*, se amplió la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procesos adelantados ante la *Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*, al mismo tiempo que se previó la reducción en la duración de los procesos.

En la sentencia SU-691 de 2017, la *Corte* argumentó que las herramientas administrativas permiten materializar la protección de los derechos fundamentales en forma igual o incluso superior a la acción de tutela. Advirtió, como se anotó antes, que lo dicho no significa la improcedencia automática y absoluta del amparo constitucional. Los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo sexto (6) del Decreto 2591 de 1991, *un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en*

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 66001-23-33-000-2016-00794-01 (2162-18). Actor: María Isabela González Pelchat. Demandado: Procuraduría General de La Nación. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D.C. dos (2) de octubre de 2019

⁴ C.C. T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019, entre otras.

concreto y, por esa línea, considerar el contenido explícito de la pretensión y las condiciones particulares de los sujetos involucrados.

En sentencias SU-067 de 2022 y T-081 de 2022, la Corte precisó:

La jurisprudencia constitucional ha instaurado tres excepciones a la regla general de improcedencia de la acción de tutela, en el campo específico de los concursos de mérito. Los actos administrativos que se dicten en el curso de estas actuaciones administrativas podrán ser demandados por esta vía cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: i) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido, ii) configuración de un perjuicio irremediable y iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo.

6. El control de nulidad y restablecimiento del derecho como medio para controvertir actos proferidos en concursos de méritos

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA - contempla el control de nulidad y restablecimiento del derecho, como medio a partir del cual: (...) toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho.

Así, con base en la remisión a las causales de nulidad contenidas en el inciso segundo del artículo 137 de la misma ley, la nulidad procede cuando el acto administrativo: ... haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió".

En la Sentencia SU-355 de 2015, la Corte Constitucional se refirió a las medidas cautelares previstas en la codificación de lo contencioso administrativo, en cuanto regulan su procedencia, tipología y trámite

para adopción por parte del juez administrativo.

De igual manera, en sentencia SU-691 de 2017 la Corte concluyó que, por regla general, la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuenta con instrumentos procesales idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales, materializados en el conocimiento del asunto por jueces especializados y en el decreto de medidas cautelares de protección.

7. Caso concreto

Lo visto en acápites precedentes da fundamento para afirmar, en primer lugar desde el punto de vista jurídico, que la acción de tutela solo procede como mecanismo para salvaguardar derechos fundamentales vulnerados en concursos de mérito si el juez constitucional, después de analizar el contenido explícito de la pretensión del accionante y las condiciones particulares de los sujetos involucrados, concluye que la acción es *idónea*, desde el punto de vista abstracto, y *eficaz*, desde el punto de vista concreto, para solucionar el caso, y, además, que se encuentra frente a cualquiera de tres las situaciones que la *Corte Constitucional* ha señalado para considerar su procedencia, a saber: *i) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido, ii) configuración de un perjuicio irremediable y iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo.*

En segundo lugar, lo visto en acápites precedentes permite concluir que la demanda presentada por **YESSICA ANDREA ECHEVERRI ARISTIZÁBAL** ataca un *acto administrativo definitivo parcial*⁵.

En efecto, la resolución que pide in-aplicar (2144 del 25 de enero de 2024) por no llamarla al curso de formación, la excluyó de manera definitiva del concurso de méritos en el que venía participando, por

⁵ No se olvide que existen *actos administrativos definitivos parciales*. Dentro de ellos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha ubicado los actos de calificación que eliminan a los participantes del concurso de méritos y que, al igual que la *lista de elegibles*, son actos típicamente definitivos de situaciones jurídicas.

tanto, contra dicho acto es posible la *acción contenciosa administrativa*.

Además, no puede pasarse por alto que la interposición de la acción de tutela se hizo cuando el curso al que pide ser admitida estaba materialmente terminado, es decir, cuando la eficacia de la acción es prácticamente inane.

La citación al curso se efectuó el 25 de enero de 2024; su inicio se programó para el primero (1º) de febrero; la evaluación final se practicó el 17 de marzo; el 22 de ese mismo mes se publicaron los resultados, y las reclamaciones frente a ellos se podían efectuar entre el 26 de marzo y el tres (3) de abril hogaño. Para la fecha en que la interesada presentó la acción de tutela, el concurso se encontraba en etapa de resolución de recursos.

Aunque fue el 25 de enero de 2024 cuando se publicó el acto administrativo que la promotora del amparo cuestiona, sólo hasta el 23 de abril acudió ante el juez constitucional para invocar protección de derechos fundamentales.

Así mismo, no se puede ocultar que la ahora accionante no utilizó el mecanismo interno de la DIAN, contenido en el artículo 35 del Decreto Ley 71 de 2020, consistente en interponer una reclamación directa *ante la Comisión Nacional del Servicio Civil*

Y, en tercer lugar, lo visto en acápites precedentes hace evidente que **YESSICA ANDREA ECHEVERRI ARISTIZÁBAL** no se encuentra en condiciones especiales. En ninguna forma demostró *riesgo de perjuicio irremediable* o situaciones especiales de *vulnerabilidad*.

En síntesis, en el punto en que se encuentra, la vía contencioso administrativa no solo es una posibilidad sino el camino propio que eventualmente le queda a **YESSICA ANDREA ECHEVERRI ARISTIZÁBAL** para atacar la resolución que la excluyó de manera definitiva del concurso de méritos DIAN 2022, modalidad ingreso, para el empleo público denominado "GESTOR I".

Ahora, para efectos procesales dentro del presente trámite de tutela, la existencia de la *acción contenciosa administrativa* fundamenta la

declaratoria de *improcedencia*, por incumplimiento del requisito de *subsidiariedad*, tal y como lo declaró en juez a quo.

Recuérdese que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa idóneo y eficaz para la protección de sus derechos, salvo que la tutela se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un *perjuicio irremediable*, situación que no se avizora en el presente asunto

La protección de derechos fundamentales a través de la acción constitucional no puede extenderse a aspectos relacionados con la interpretación de normas o actos administrativos.

En fin, la naturaleza de la discusión sobre la interpretación plausible que la CNSC da a la reglamentación del concurso desborda la competencia del juez de tutela y debe ser discutida por los medios de control referidos.

Por las anteriores razones, se **CONFIRMARÁ** la decisión confutada.

Decisión

En mérito de expuesto, la *Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia*, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo del 30 de abril de 2024, proferido por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia*.

SEGUNDO: Por Secretaría, líbrese las comunicaciones previstas en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

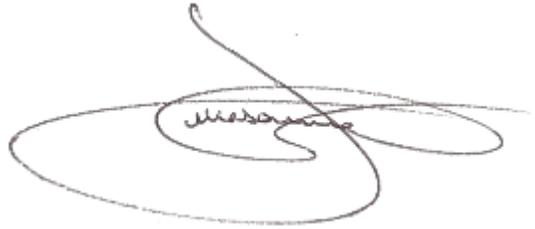
TERCERO: Envíese el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión (Artículo 33 *ibidem*).

CUARTO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno

Los Magistrados,



LUIS ARTURO SALAS PORTILLA



JUAN CARLOS SOCHA MAZO



JOHN JAIRO CARDONA CASTAÑO

(24)